法学研究論集
第38号　2013. 2

医療過誤における注意義務の一考察

――薬害エイズ帝京大学病院事件判決を素材として――

Betrachtungen über Sorgfaltspflicht bei ärztlicher Behandlung

博士後期課程　公法学専攻　2011年度入学
船　　橋　　亜 希 子
FUNABASHI Akiko

【論文要旨】

本稿は，医療過誤における注意義務について若干の考察をおこなうものである。

民事医療過誤においては，医師（ないし医療従事者ら）の注意義務の基準は「医療水準」（診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準）であるとするのが判例の立場であるが，刑事医療過誤においては，過失犯の行為基準を「医療水準」とするのは，医師に過度な負担を要求するもので適当ではなく，「医療慣行」を基準とすべきであって，「医療水準」は常に要求する基準にはなりえないのではないかとの問題意識から，「医療水準」が求められうる場合とはどのような場合なのかについて検討する。そこでは，医療過誤における注意義務について示唆に富むと思われる【薬害エイズ帝京大学病院事件判決】における，いわゆる「低い予見可能性」という予見可能性の程度の問題と，従来の刑事医療過誤判決を参考にしながら，医療慣行および医療水準が結果回避義務にもたらす影響について考察するものである。

【キーワード】 過失犯，結果回避義務，予見可能性，医療慣行，医療水準

目次

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．薬害エイズ帝京大学病院事件判決
Ⅲ．従来の判例
Ⅳ．おわりに

論文受付日　2012年９月24日　　大学院研究論集委員会承認日　2012年11月７日

Ⅰ．はじめに

医療事故の中でも，医師（ないし医療従事者ら）の注意義務違反によって結果が発生したものを医療過誤と呼ぶ。医療過誤における注意義務の基準については，民事・刑事ともに争いがある。民事医療過誤においては昭和36年２月16日（いわゆる東大輸血梅毒事件）の最高裁判決[1]が，「いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は，その業務の性質に照し，危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求される」と述べたことを皮切りに，その後の一連の未熟児網膜症事件判決等の重要な判例を経て，いわゆる「医療水準」が医師の果たすべき注意義務の基準となっているといえよう[2]。それに比べて，刑事医療過誤においては「医療水準」が論じられることは稀であり[3]，積極的に「医療水準」や「医学水準」を基準とすべきとの主張がなされている。

一般的に「医療慣行」は臨床現場における平均的医師の間で広く慣行的に行われている方法[4]とされており，「医療水準」は「現に一般普遍化した医療としての現在の実施目標」[5]，「医学水準」は「将来において一般化すべき目標の下に現に重ねつつある基本的研究水準」[6]であると定義される[7]。「医療慣行」を基準とすれば「悪しき慣習」の是認等の不都合[8]が生じる恐れがあろうが，「医療水準」を基準として刑法は要求しうるのだろうか。ここで仮説を立てるとすれば，基準は「医療慣行」に置きながら，一定の条件の下に医療慣行を超える基準を要求できる場合があるにすぎず，医療慣行を超える基準である「医療水準」は常に要求する基準にはなりえないのではないか。そうであるとすれば，いかなる場合に医療慣行を超える基準が要求されるのであろうか。

---

[1] 最高裁判所民事判例集15巻２号244頁

[2] ただし，その内容や意義について民事上も争いがある。

[3] その理由として，「刑事過失が認められたものの多くは患部や血液型のとり違え，操作ミスというような治療上の初歩的ミスであり，そこには医師の明らかな落ち度が存在しており，あえて平均的医師が被告医師の立場ならどのような態度をとっただろうかという医療水準の議論をするまでもなかった」ことが挙げられている。萩原由美恵「医療過誤訴訟における医療水準」中央学院大学法学論業（2009年）第22巻第１号28頁

[4] 西野喜一「医療水準と医療慣行」太田幸雄編『新・裁判実務体系(1)医療過誤訴訟法』（2000年）114頁

[5] 松倉豊治「未熟児網膜症による失明事例といわゆる『現代医学の水準』」（1974年）判例タイムズ311号64頁以下

[6] 松倉・前掲注(5)64頁以下

[7] 中谷瑾子博士は，新規治療法の提唱から医療水準（臨床医が一般に通常とるべき具体的可能性のある治療法）となるまでを「実験的段階」，「医学水準の段階」，「医療水準の段階」の３段階に分けておられる。中谷瑾子「日赤高山病院未熟児網膜症訴訟上告審判決」判例時報1055号193頁以下

[8]「医療技術は日々進歩しているにもかかわらず，臨床医はこれまで一般的に行われてきた治療法にただ従っていればよい（そうすれば法律上の責任を問われることはない）という医療姿勢を無意識のうちに追認することにもなり，医師が，新規の治療法の研鑽に日々努力することに消極的影響力をもたらしうる」ことで，患者にも不利益が及ぶことを指摘されるのは，上田正和「Ⅱ 医療水準」加藤良夫編『実務法律講義12 実務医事法講義』（2005年）116頁

本稿では以上のような関心から，刑事医療過誤における注意義務の内容の検討について示唆に富むと思われる薬害エイズ帝京大学病院事件判決を中心に，他の医療過誤事案も参考にしながら，医療過誤における注意義務の内容を検討するものである。

Ⅱ．薬害エイズ帝京大学病院事件判決[9]

薬害エイズ帝京大学病院事件判決については，論点が多岐にわたっており，かつ事実認定に疑問が呈されていることは従来から指摘されている[10]が，本稿では事実認定に関しては立ち入らず，注意義務についての考察にとどめることとする。

1　事件の概要

先天的に血液中の第Ⅷ因子を欠く重症血友病であった患者Aに対し，昭和60年5月12日から6月7日にかけて3回にわたり手首関節内出血の治療のため，帝京大学病院第1内科において内科医師が非加熱製剤第Ⅷ因子製剤クリオブリンを投与したところ，同製剤にHIVウィルスが混入していたためこれに感染し，平成3年10月までにエイズを発症し，同年12月に死亡するに至ったものであるが，直接治療をした内科医ではなく，帝京大学病院第1内科科長，同内科血液研究室の主催者，および昭和58年度の厚生省血液研究事業のエイズの実態調査に関する研究班（いわゆるエイズ研究班）の主任研究者（班長）を務める立場にあり，同病院内で血友病患者に対する基本的治療方針を決定していた被告人に対して，エイズ発症による死亡を防ぐために，生命に対する切迫した危険がない場合には，非加熱製剤の投与を控えさせる措置を講じるべきであったのに，漫然とその投与を継続し，患者Aを死亡させたことにつき，過失（業務上過失致死罪）が争われた。

2　判決要旨

①　予見可能性について

判決では，被告人の予見可能性について，「本件当時，被告人において，抗体陽性者の『多く』がエイズを発症すると予見し得たとは認められないし，非加熱製剤の投与が患者を『高い』確率でHIVに感染させるものであったという事実も認め難い。」として，「被告人には，エイズによる血友病患者の死亡という結果発生の予見可能性はあったが，その程度は低いものであったと認められる。」として，行為と結果との間の因子の発生確率の低さから，結果の「低い」予見可能性を認定した。

---

[9] 東京地判平成13年3月28日判例時報1763号17頁

[10] 船山泰範「薬害エイズと過失犯」『刑法の役割と過失犯論』（2007年）200～201頁，斎藤信治「治療行為と過失犯（薬害エイズ安部無罪判決の検討）」刑事法学の現実と展開（2003年）が詳しい。

② 注意義務の基準について

医師の治療行為に対する刑事責任の判断基準として，「刑事責任を問われるのは，通常の血友病専門医が本件当時の被告人の立場に置かれれば，およそそのような判断はしないはずであるのに，利益に比して危険の大きい医療行為を選択してしまったような場合であると考えられる。」と一般論を述べ，同じ立場に置かれた一般人を基準として判断することとした上で，「もとより，通常の血友病専門医が本件当時の被告人の立場に置かれた場合にとったと想定される行動については，規範的な考察を加えて認定判断されるべきものであり，他の血友病専門医がとった実際の行動をもって，直ちにこれに置き換えることはできないが」としながらも，情報格差がある程度解消した後も全国の血友病専門医の大多数が治療方針を変えずに非加熱製剤を投与し続けた事実を挙げて，「大多数の血友病専門医に係る以上のような実情は，当時の様々な状況を反映したものとして，軽視し得ない重みを持っていることも否定できない。以上のような諸般の事情に照らせば，被告人の本件行為をもって，『通常の血友病専門医が本件当時の被告人の立場に置かれれば，およそ非加熱製剤の投与を継続することは考えないはずであるのに，利益に比して危険の大きい治療行為を選択してしまったもの』であると認めることはできないといわざるを得ない。」として結果回避義務違反を否定した。

3 学説

(1) 過失犯の構造論に関する従来の議論について[11]

従来，過失犯の構造論に関して新旧過失犯論争と呼ばれる激しい学説の対立があった。

伝統的な過失犯論は，過失を注意していれば避け得たのに不注意のために結果を発生させたという事実の不認識・不予見という心理状態であると捉え，もっぱら責任段階における予見可能性に求めた[12]ため，行為と結果との間の（相当な）因果関係および結果の予見可能性が存すれば（違法性阻却事由が存しない限り）違法性が肯定されることとなった。不破武夫博士は，責任判断の直接の対象をまず各個の行為であると捉えられ，注意義務を尽くしたならば結果を発生させることがなかった場合に非難されるのであり，注意義務の不遵守が存在しない場合には，当該作為ないし不作為は実質的に法秩序に違反せず，よっていかなる不幸な結果が生じたとしても違法ではない。として，過失行為の違法性を認められたのである[13]。そして，井上正仁博士が注意義務を違法性段階における「結果回避義務」と責任段階における「結果予見義務」とに分けられ，注意義務を心理的要素から（用心深い）態度であるとされた[14]のである。その後，過失と故意とに本質的な違いを認め

---

[11] 近時の詳細な検討として，古川伸彦『刑事過失論序説』(2007年）134頁以下参照

[12] 例えば，趙欣伯博士は「過失トハ，知リ得ヘカリシ，且ツ知ラサルヘカラサリシ犯罪構成要件…ヲ，注意ノ欠缺…ノ爲メニ，知ラスシテ行爲ヲ爲シ又ハ爲ササル意思狀態…ナリト定義ヲ下スコトヲ得。」「過失ノ非難セラルヘキ点ハ，注意ヲ怠リタルニ在リ。注意ノ怠リハ，注意ノ義務ニ違反シタルモノナリ」とされている。趙欣伯『刑法過失論』(1926年）150頁，309頁

る新過失犯論は，過失を基準行為から逸脱する行為（ないし態様）であるととらえ，具体的な予見可能性と共に結果の回避可能性に基づく回避義務を必要とし，回避義務違反に過失の構成要件該当性および（違法類型としての）違法性を認め，客観的に要求される注意義務を尽くしても構成要件的結果が避けえない場合には違法性の阻却を認めた。

さらに伝統的な過失犯論に修正を加えた説（以下，旧過失犯論と呼ぶ）は予見可能性を中心としながらも，結果発生の「実質的で許されない危険」結果回避義務を考慮するようになり，新過失犯論においては，社会の発展と共に未知なる危険に対応するため，具体的予見可能性までは要求せず，危惧感（不安感）で足りるとする危惧感説[15]が主張されるようになり，限られた判決[16]においてではあるが，その理論が用いられたが，たんなる危惧感では足りないとして，危惧感説の一部を取り込む，ないし修正した説が有力に主張されている。

激しい対立をみた過失犯論争であったが，薬害エイズ帝京大学病院事件判決では，とりわけ注意義務の基準をめぐって大きく判断が争われ，旧過失犯論および新過失犯論どちらの学説をとるかによらず結果の妥当性判断が分かれることとなり，過失犯論の真価が問われたといえる。

旧過失犯論は予見可能性を非難可能性を基礎付けるものとし，新過失犯論は予見可能性を結果回避義務を基礎付けるものとした。そこから，旧過失犯論においては，結果が処罰を基礎付けうるものであるためにその予見可能性は緩やかなものでは足りず，「構成要件該当事実が生じることについての『ある程度高度の』予見可能性」が求められる[17]が，新過失犯論においては，結果回避義務およびその違反を基礎づけうる程度のものでよいとされる。

---

[13] 不破武夫『刑事責任論』（1948年）168頁以下
また，不破博士は，注意義務の要件を4つ挙げておられる。すなわち，
1. 命じられた一定内容の注意義務の不遵守が存在すること
2. 命じられた注意義務が行為者にとって遵守可能であること
3. 行為者が注意すれば事故の発生を予見し得たこと
4. 注意義務の懈怠があったために事故が発生し，その懈怠がなければその事故が発生しなかったであろうと考えられる場合である。

[14] 井上正治『過失犯の構造』（1958年）50頁以下

[15]「人災ではあるが，故意による犯罪とは異なった意味で，独自の犯罪としての性格を帯びる災害事故についての犯罪性の構造を全体的に解明しようということをねらいとした理論」である。藤木英雄『過失犯―新旧過失犯論争―』（1975年）22頁以下

[16] 例えば，森永ドライミルク中毒事件差戻し後の第一審判決（徳島地判昭和48年11月28日判例時報721号7頁）

[17]「予見可能な因果経過は実際と異なったものでもよいが，結果の**具体的な予見可能性**が必要であるという観点から，予見可能であることが必要となる因果経過の『基本的部分』とは，そうした予見の具体性を担保しうるもの」であり，「結果の予見可能性が『ありえないではない』という以上の，有責性を基礎づけるに足るものであるためには，その原因についても，ある程度具体的な内容においてそれを予見しうることが要求されることになる」山口厚『刑法総論［第2版］』（2007年）236頁

⑵　予見可能性について

①　学説の対応

結果の予見可能性に関しては，結果発生に至る因果経過の本質的部分の具体的な予見を必要とする具体的予見可能性説と危惧感・不安感で足りるとする危惧感説（不安感説）とがあり，予見の対象と程度が問題となるが，本件においては，具体的予見可能性説においても発生結果の具体的態様や因果経過の詳細までも必要とはされないことから，予見の対象についてはほとんど実質的な差異は認められず[18]，非加熱製剤の投与→ HIV に感染→エイズ発症→死亡という経過が対象となっている。

現在の判例・通説であるところの具体的予見可能性説においても「具体的」の内容は異なっている。大塚裕史教授は，本件のようにいくつかのプロセスを経て結果が発生するような場合には，因果経過を構成するいずれの因子も予見可能でなければならず，1つでも予見不可能であれば具体的予見可能性を否定される[19]。その上で，具体的予見可能性とは予見の容易性をさすものであって，結果惹起の確率の高さと必ずしも一致しないとされながらも結果発生の確率を重視され[20]，エイズの発症が高い確率で起こることが事件当時にはわからなかったことから，具体的な予見は困難であり，行為と発生結果の因果法則が十分認識できないから，結果発生の具体的予見可能性を肯定するのは困難であるとして[21]，厳格に「高度さ」と「具体性」を要求し，本件のような「低い予見可能

18　予見の対象には客体についての議論もあるが，本稿では扱わない。

19　大塚教授は,「行為から A, B という二つのプロセスを経て結果が発生するような場合（行為→A→B→結果），行為から A までの予見可能性，A から B までの予見可能性，B から結果発生までの予見可能性のいずれもが肯定された場合に初めて結果発生の具体的予見可能性は肯定される。一つでも予見不可能なプロセスが存在する場合には具体的予見可能性は否定されるし，（予見が全く不可能ではないにせよ）予見可能性の程度が極めて低いプロセスが介在する場合には，全体として結果発生の予見可能性が低くなり，結果発生の具体的予見可能性が否定される場合はあり得る。予見が困難な因子が介入することによって行為から結果が発生する因果法則が十分認識できない場合には，結果発生の予見は困難になるのである。」と具体的に述べられている。大塚裕史「薬害エイズと具体的予見可能性」『佐々木史朗先生喜寿祝賀 刑事法の理論と実践』（2002年）154頁以下

20　確率について，大塚教授は100連発銃の事例においては100発撃てば1発は発射することは確実であるから，高度の確率がなくても容易に予見が可能であるが，宝くじで1等が当たるというような極めて低い確率の場合には，1等に当たることは予見不能であり，それは予感であって予見可能性にはならないとするが，その区別基準は必ずしも明らかではない。100連発銃に1発の事例における結果発生の予見可能性を肯定するならば，結果発生の確率がいくら低くとも宝くじの1等が当たることの予見は容易であるとすべきであり，予見の容易性ではなく結果発生の確率を重視しているように思われる。ただし，本件のように HIV ウィルスに感染している非加熱製剤を投与される確率，およびその投与による感染の確率が分からないという，いわば二重に低い確率が存在する場合には容易性に影響を与えうるはずであり，予見可能性の程度と無関係であるとは考えにくい。

また，同事例について山本紘之准教授は「その拳銃を扱う際には慎重な態度が要求されると思われるが，求められる態度の慎重さの程度を判断するにあたっては，必ずしも軽い義務で足りるということにはならないであろう。なぜなら，この事例において，結果発生の蓋然性は低いとしても，実行行為の危険性はけして低いとは言えないからである。」として，危険性に注目される。山本紘之「過失犯における予見可能性の意義」大東法学第50号298頁

性」では（高度の）具体的予見可能性は認められないとされる。北川佳世子教授も「『いったんエイズが発症すれば』高率で死亡する予見可能性があっても，『エイズの発症率が低い限り』死亡する予見可能性は低いといわざるをえ」ないとして，予見可能性を否定され[22]，発生結果の危険性よりも結果発生の確率を重視されている。

それに対して，前田雅英教授は，「エイズ発症のメカニズムや，その厳格な意味での確率を認識し得なくても，患者の死を導くだけの危険な病気であるところの『エイズ』の原因ウィルスであるHIV感染の可能性が認識できれば」よく，「因果関係の具体的機序についての予見可能性までは不要」であり，エイズの発症率が1%に満たない場合であっても，致死性の高さをもって責任非難を基礎付け得るとされるとして，その致死性の高さを重視して，中間項を１つ１つではなく全体的に考察することで具体的予見可能性を肯定され[23]，結果発生の確率を重視されないのである。

また，島田聡一郎教授は，結果発生の確率の低さから予見可能性が否定されるのはきわめて低い確率に限られるとされ，予見の容易性を重視すべきであって，確率は直接的には影響しないとされる。すなわち，「因果経過を構成する個々の因子が生起する可能性が低くても，最終的な結果発生に思い至ることが容易であれば」，エイズの致死性が明らかであったことを鑑み，予見可能性を肯定され，因果経過の中間項についての予見可能性までは要求されないのである[24]。

以上から，具体的予見可能性説においても，その「高度さ」と「具体性」には相違がある。ただし，旧過失犯論に立てば，非難可能性を根拠づける程度の予見可能性が必要となるため，その予見可能性は「高度」でなければならないし，新過失犯論に立つならば，結果回避義務の前提となる程度でよいので，予見可能性は旧過失犯論におけるほどの「高度さ」は要求されないと解される。

危惧感説は,「予見が具体的になされていたか，あるいは具体的な予見が可能であったか，また，具体的な予見は不可能であり，単に一般的な危険発生の危惧感，不安感が存在するにすぎないか」という予見可能性の程度が結果回避義務の内容を決める上での「1つの重要な尺度」とする見解であり，「具体的に結果が予見可能である場合に結果回避義務により行為者が受忍しなければならない負担の程度と，一般的な危惧感，不安感が存在するにとどまる場合に行為者が甘受すべき結果回避義務の負担の程度とでは，前者が重く後者が軽くな」り，「一般的な不安感をもとに，あまりにも過大な負担を命ずることは相当ではないが，しかし他方，わずかな負担によって，相当広範囲にわたり未知の危険が回避できる，ということであるならば，その比較的軽い負担を負わせることは，注意義務の負担として合理的」であるとし，予見可能性の程度と結果回避義務の程度に相関関係を認める見解[25]である。しかし，その予見可能性の程度が，「何らかの危険が絶無であるとして

---

[21] 大塚・前掲注(19)154頁

[22] 北川佳世子「薬害エイズ３判決における刑事過失論」法学教室258号（2002年）46頁

[23] 前田雅英「薬害エイズ帝京大学病院事件第一審無罪判決」判例時報1767号189頁以下

[24] 島田聡一郎「薬害エイズ事件判決が過失犯論に投げかけたもの」刑事法ジャーナル３号（2006年）29頁以下

[25] 藤木・前掲注(15)34頁以下

無視するわけにはいかない」「何が起こるかわからない，しかし何かは起こりそうである」という程度にすぎないような場合まで予見可能性を肯定してしまうのはやはり適切ではないとして，予見可能性の「法益関連性」[26]を要件として危惧感説を支持されるのが井田良教授である。井田教授によれば,「予見可能性はおよそあるかないかという形で抽象的にその有無を問い得るものではなく，とられるべき結果回避措置との関係で相対的に定められ，低い程度の予見可能性に対しては弱い結果回避措置が対応するというように，結果回避義務との相関関係が存在するのである。」[27]とされ，「低い」予見可能性を認定し，予見可能性と結果回避義務に関連性をもたせた本判決を肯定されている[28]。

② 若干の検討

予見可能性について，本件では予見の程度が問題となっていることを確認した。行為と結果との間の因果関係における基本的部分とする見解における中間項の１つ１つにまで高度の予見可能性を必要とする説は，「やや硬直的にすぎている」[29]といわざるをえないであろう。予見可能性は結果回避義務を基礎付けうる程度でよく，結果回避義務との相関関係を認めるべきである。ただし，危惧感説においても漠然とした何らかの危惧感，というのでは足りず，井田教授の「法益関連性」の要件のように，発生結果との関係において限定する要件が必要である[30]。この危惧感説に従って，予見可能性の程度に応じて，行為者に課される結果回避義務の内容（負担の軽重）が決まるものと考える。また，結果発生の確率は無視できない重みを有しているとしても，やはり予見可能性とほぼ同視しうるほどの重みを持たせるべきではなく，医療のようにとりわけ不確実性の高い分野において中間項の１つ１つに高い蓋然性を求めるならば，予見可能性を高めるために危険を放置しなければならないという矛盾が生じうるのではないだろうか。例えば，非加熱製剤が死亡という結果を招くようだが，具体的な機序がわからないという場合に，HIV に感染する確率，そしてエイズ

---

[26] これに対し，法益関連性を必要とすることに疑問を呈するのは，古川伸彦准教授である。「『行為者は，その銃に模擬弾を装填していたにもかかわらず，第三者が，行為者の気づきえない間に，それを実弾に入れ替えた』という場合」に，周囲に人間が存在するか「状況を確認せよ」という結果回避義務を課すことが正当で，生命侵害の規範違反性を認めざるをえないとするとして批判される（古川・前掲注(11)172頁以下）が，行為者が模擬弾であると思っている限り，いくら「状況を確認」しても生命侵害を回避することはできないから，ここで設定されるべき結果回避義務は異なるはず（そもそも行為者には誰かが実弾に変えるかもしれない，そして，生命侵害結果が発生するかもしれないという危惧感が必要であろう。）であり，この批判は当たらないのではないか。

[27] 井田良「薬害エイズ帝京大学病院事件第一審無罪判決をめぐって」『変革の時代における理論刑法学』（2007年）170頁

[28] この点につき，島田教授も回避可能性，回避義務の判断において，現実に生じた具体的事実に対する予見可能性の程度や，義務を賦課した際に想定される負担等を考慮して，肌理細かい判断をする必要が生じることを認めておられる。島田・前掲注(24)30頁

[29] 島田・前掲注(24)30頁

[30] その要件を付したところの危惧感説は責任主義に反するとの従来の批判があたらない，ないし責任主義を充たす程度に限定されるものと思われる。

を発症する確率が高いという事実を確認しなければならず，エイズのように潜伏期間を有するような場合には，確率の高さを証明するまで，むしろその薬剤を使用し続けなければならないということを肯定しているとも解しうる。万一非加熱製剤が死亡結果に無関係であったことが最終的に確認された場合，明らかになった結果発生の蓋然性が低いにも関わらず，慎重に行動することによって当該薬剤の投与を控えた，ないしクリオ製剤に変更した医師の行為が過失に問われる可能性が出てくるのは，まさにこのような確率を重視する見解をとる場合であると考える。やはり，結果発生の確率が高まっていき，ある時点で突然予見可能性が認められ，結果回避義務が認められると考えるよりも，低い予見可能性を有したときから，負担の軽い結果回避義務を課し，予見可能性が高まれば高まる程に，結果回避義務もより重いものが課されていくと考えれば，医師が万が一の危険性を考えた時に，自己の予見可能性に応じた行動をとることができる，つまり医師の裁量が認められることになり，妥当であると考える。

⑶　注意義務の判断について

①　学説の対応

注意義務の基準については，判決では，本件当時の被告人の立場に通常の血友病専門医が置かれた場合を仮定しており，行為者の属性を類型化したところの一般人を基準として判断がなされているところに厳しい批判がなされているが，井田教授は「とりわけ，治療行為のように反復継続される類型的行為については，行為当時の客観的・可視的存在としての医療水準は，医師にとっての行動基準として尊重されるべきものであり，過失犯における結果回避義務の内容を決する機能が認められるべきである。」[31] そして，「行為者が特に知っていた事情」を考慮すべきであり，情報格差が解消した後も他の血友病専門医たちが使用中止した例は稀であって，被告人に特別の義務が加重される理由はないとした判決は妥当であるとされている[32]。

その一方で批判的な見解においては，行為者の立場や地位，さらに特別の情報をいかに考慮するかについて思案が巡らされている。

例えば，前田教授は「『通常の血友病専門医が本件当時の被告人の立場に置かれれば，およそそのような判断はしないはずであるのに，利益に比して危険の大きい医療行為を選択してしまったような場合』と『通常の血友病専門医が本件当時の被告人の立場に置かれた場合の行動』は微妙に異なる」[33] 点を指摘されている。また，大塚教授は，被告人の知的・技術的能力は判断資料であり，あくまで判断基準は慎重で誠実な血友病専門医一般の規範心理的・倫理的能力であり，両者は明確に区別されなければならないとされているし[34]，松宮孝明教授は「法ないし法益への配慮ないし慎

31　井田・前掲注(27)178頁
32　井田・前掲注(27)179～180頁
33　前田・前掲注(23)192頁
34　大塚・前掲注(19)157頁

重さについては一般的・標準的要求が妥当するが，その要求を満たす努力において非難されるべき点がないか否かは，行為者の現にもっていた知識，生理的・物理的能力を基準にせざるをえない」[35] として，本件に即せば「『行為者と同じ立場』に代入されるべき『一般人』とは，行為者と同じ専門知識と技術を備えた人間なのではなく，―なぜなら，それはすでに『行為者と同じ立場』に折込済みだから―，法の期待する標準的な『誠実さと慎重さ』を備えた人物，法の期待する『倫理的能力』を備えた人物なのである。」とされる。

医療水準について，北川教授は，判決で医療の実態を考慮しすぎると「あるべき（理想的な）血友病専門医の判断から遠ざかり，無責任な医師が増えるほど責任を問えないことになりかねない。」と懸念されながら，許された危険の比較考量の判断基準に医療水準や医療慣行，医師の裁量等を紛れ込ませることを問題視されている[36]。また，甲斐克則教授は，「先端医療に関わる本件では，当時の日本の『医療水準』に依拠するよりも，むしろ外国事情を含む経験則を根拠にした『医学水準』こそ考慮すべきである。」[37] とされる。

② 若干の検討

過失における注意義務の基準を「一般通常人」，本件において行為者の立場が類型化されたところの「通常の血友病専門医」とされたことに批判が集中したことは既に確認した。注意義務については「被告人の立場（認識）をもとにして，通常の規範的な行為選択をする血友病専門医ならどのような行為をするだろうか」[38] という考慮がなされるべきである。しかし，「刑事責任を問われるのは，通常の血友病専門医が本件当時の被告人の立場に置かれれば，およそそのような判断はしないはずであるのに，利益に比して危険の大きい医療行為を選択してしまったような場合である」と判示している。井田教授は「行為当時の通常の血友病専門医の医療水準」を「行動基準」として評価され，「行為当時の事実上の行動基準が一応の合理性を持っている限り，行動基準にしたがった行為について刑法的違法性を肯定することには慎重でなければならない」と主張されているが，「行動基準」を「医療水準」[39] とされるのには疑問を呈したい（この件については後述）。

⑵で確認したように，非加熱製剤の投与から HIV に感染し，エイズを発症して死亡するという

---

35 松宮孝明『刑法総論講義［第４版］』（2009年）221頁

36 北川・前掲注(22)46頁以下

37 甲斐克則「薬害エイズ事件帝京大ルート第１審判決」ジュリスト1224号（2002年）154頁

38 船山・前掲注(10)211頁，前田教授も「通常の血友病専門医が本件当時の被告人の立場に置かれた場合の行動」に注目され，「行為時には，医学界で通説的なものとして認知されていない知見でも，当該専門分野を深く研究している学者にそのような事実の認識があれば，結果回避措置を導きうるような事情は，考えられる」とされる。前田・前掲注(23)190頁

39 井田教授は「治療行為のように反復継続される類型的行為については，行為当時の客観的・可視的存在としての医療水準は，医師にとっての行動基準として尊重されるべきものであり，過失犯における結果回避義務の内容を決する機能が認められるべきである。」井田・前掲注(27)178頁
と述べられるが，医療水準を医療慣行に置き換えた場合にこの主張が妥当となると考える。

因果経過の発生確率の低さをもってして「低い」予見可能性が認められており，結果回避義務違反である過失の結果回避義務の内容と予見可能性の程度が相関関係を有することによって，低い予見可能性からは軽度の結果回避義務が，高い予見可能性からは高度の結果回避義務が導き出されることになる。しかし，予見可能性の程度は結果回避義務を決める一要素にすぎず，結果回避義務の内容は行為者の立場や環境など，総合的に考慮された上で決められなければならない。

さらに，非加熱製剤はもとより「感染症」のリスクが存在していたことは判決中でも認められているところである。とりわけ売血者からの血液の危険性は前述した東大輸血梅毒事件においても既に明らかにされており，国内の売血の制度も問題視されて1964年には「献血の推進について」が閣議決定されていた[40]。その状況下において，従来の治療法であったクリオ製剤と比較考量した結果，QOL の高さから非加熱製剤の投与が治療法として選ばれていたのだから，確かに正当な医療行為であり，一般的に非加熱製剤を使用するか否かは医師の裁量の範囲にあったというべきである。ただし，一定の危険性が認識されている以上，危険性が認識されていない行為と全く同様の条件下で投与が許されるとは考えられず，そこには高度の注意義務が課されていると考えるべきである。よって，本件のように，非加熱製剤が感染症のリスクがあることは明らかであったならば，その使用には高度の注意義務が課されると考えるべきである。（高度の注意義務については次章で述べる。）

結果回避義務の内容の確定に際しては，代替手段として挙げられたクリオ製剤と非加熱製剤の有用性が判断されたが，なぜ比較考量の対象がクリオ製剤と非加熱製剤の有用性だったのであろうか。非加熱製剤の方が有用性に優れていたことは，裁判所が考慮するまでもなく，まさに専門家である医師たちが実際に有用であると判断して使用していたのである。本件では非加熱製剤が承認されたことが問題になっているのではない。重要なのは，クリオ製剤等の従来の治療から非加熱製剤に転換したことではなく，クリオに比して QOL などの観点から優れているとされて代わりに使用されるようになったところの非加熱製剤に HIV ウィルスが混入し，エイズを発症して死ぬかもしれない，という確率は低いものの，「低い」予見可能性が存在した時点で非加熱製剤が使われたことであって，非加熱製剤が使われ続けたことでもなく，本件患者のような生命に対する切迫した危険がない患者に使われたこと[41]，それ自体の問題であるのだから，当該患者における治療としての非加熱製剤を投与する場合としない場合，およびクリオ製剤を使用する場合を比較考量すべきであり，「あくまで被害者自身の治療効果と被害者自身の生命侵害が比較されなければならない」[42]ので

---

[40] 政府は，「血液事業の現状にかんがみ可及的速やかに保存血液を献血により確保する体制を確立するため，国および地方公共団体による，献血思想の普及と献血の組織化を図るとともに日本赤十字社または地方公共団体による献血受入体制の整備を推進するもの」とする。http://www.mhlw.go.jp/new-info/kobetu/iyaku/kenketsugo/1h.html（血液事業の考え方の経緯 2012年 9 月18日参照 厚生労働省 HP）

[41] 甲斐教授も「まずは同病院でできること（非加熱製剤の投与の中止）を行うべきであり，眼前の患者の安全確保を行うべきである。」と述べられている。甲斐・前掲注(37)154頁

[42] 大塚裕史「薬害エイズ三判決と予見可能性論」刑法雑誌第42巻第 3 号（2003年）357頁

あって，判決でなされた比較考量は非加熱製剤の致死性を十分に考慮しておらず，単に非加熱製剤の投与が医療行為として正当化できるか否かの考慮にすぎないのではないか。従って，全国規模のクリオ製剤の供給量の考量はまさに筋違いであるし，そもそも有用性の判断には，有効性のみならず安全性も考慮されるべきであるのにその視点も欠けているようにも思われる。

以上，本判決に寄せられた見解を考察したが，ここで医療に関する刑事事件においてはどのような注意義務が求められているのだろうか，という疑問が生じる。そこで，次章において従来の医療過誤裁判例を考察し，注意義務認定がいかになされているのかを概観することとする。

Ⅲ．従来の判例

刑事医療過誤[43]においては単純ミスが中心となっており，「医療水準」を用いる民事医療過誤とは異なっている。

1　判例

⑴　使用説明書に従わなかった事例

静岡地裁昭和39年11月11日[44]【判例 1】は，たまたま使用しようとした油性造影剤モルヨドールがなかった（市内の薬局でも品切れであった）ため，手持ちのウログラフィンないしビリグラフィンを使用説明書に静脈用として血管に注入すると書いてあるにもかかわらず，「薬品の本来の用法」に反し，臨床経験もないのに「病理的にも，臨床的にも，いまだ，一般に，それが必要であり，適当であることを認めていない異例の処置」であるところの脊髄外腔に注入し，3 人を死亡させ，3 人に重傷を負わせた事案であるが[45]，「およそ，医師はその業務が常に人間の生命，身体にかかわり合い，人間の生死や運命を支配するものであるから，病理学的にも，臨床学的にも，わずかな誤診，誤療をも防止すべき高度の注意義務が要請される。したがって医師は，患者の診療については，それが必要であり，適当であることを，現在の医学が病理学的にも，臨床的にも，一般に認めて誤りのないとする処置をとるべきであり，もしも，いまだ一般に認められていない処置をとり，また，これまで自ら臨床経験をしたこともない新規な処置をとるには，あらゆる医学的調査研究乃至臨床試験を行った結果，それが診療に必要で，適当な処置であり，しかも生命，身体に危険な事態をひき起こさないことを確認しなければならないのであって，そうすることがなく，安全度に確

---

[43] 届け出件数は増加しているものの，「実際に刑事事件になるのは，一般に，医療行為が患者の死亡ないし重大な結果をもたらした場合であって，因果関係と過失の存在をかなり明瞭な形で立証しうる可能性があるような場合に限定されるというのが，これまでの実情であった」とされる。中山研一「1 医療事故刑事判例の動向」『新判 医療事故の刑事判例』（2010年）3 頁

[44] 下級裁判所刑事裁判例集 6 巻11･12号1276頁

[45] 同様の事案として鹿児島地判平成 1 年10月 6 日およびその控訴審である福岡高宮崎支判平成 2 年 9 月13日がある。飯田英男＝山口一誠『刑事医療過誤』（2001年）9 頁以下

信のないのに，ひょっとしたらという成功の奇蹟を信じ，あるいは，万に一つの可能な危険を恐れないで，敢えて異例の診療上の処置をとることは，これを厳に回避しなければならない注意義務がある」（下線筆者）と述べ，使用説明書に従わない医療行為それ自体の正当性を否定することなく，通常よりも高度の注意義務が要求される旨が判示されている[46]。

その控訴審である東京高裁昭和40年６月３日[47]は，「ウログラフィン及びビリグラフィンのごとき本来血管内に注入する薬剤は刺激性が大きく，これを脊ずい内腔に注入し又は侵入若しくは漏入させた場合に重篤な副作用が起るであろうことは想像に難くなく，即ち，注入又は侵入若しくは漏入後短時間（約５分）で疼痛，悪心，嘔吐，頭痛，眩暈，四肢痙れん，さらに意識混濁，平衡障害，呼吸障害，全身痙れん，ショック状態の続発等があり原則として激烈な無菌性脳脊ずい膜炎の発生することが予想され，ことにビリグラフィンはウログラフィンより毒性及び刺激性が強く，人体組織に対する耐用性が劣るから，その脊ずい内腔への注入又は侵入若しくは漏入は更に激烈な反応を起すというのであり，右は，人体の構造，生理機能及び等が医薬品の性能に鑑み，現代医学の一般的水準から当然に導き出される結論であると解せられるから，如何に平素研究や実験の機会に恵まれない市井の一開業医であろうとも苟も貴重な人命を託されている医師である以上，万一判示各薬品を脊ずい内腔に侵入若しくは漏入させた場合，叙上の重大結果が発生する虞れのあることを当然予見すべき義務があるものといわなければならず，若し被告人にして，この予見を欠いていたとすれば，医師として軽率，無知これに過ぐるものはないと解して妨げない。」としている。

---

[46] 本判決においては，量刑において誤診や失敗について興味深い指摘がなされている。すなわち，「医師は科学者であっても神ではないから，診断と治療とに誤診と失敗とはある。しかし誤診と失敗の中にも，許される誤診や失敗と許すことのできない誤診や失敗がある。」として，許されるものとしては「病理学的には誤診であっても，臨床学的には正しい診断がある。治療を行う必要はなかったかも知れないが，治療をしないとそのため手遅れになって患者の生命を失うというような事態が起り得るとすれば，治療をすることは臨床的には正しいかも知れないが，病理学的には正しくなければそれは誤診である。しかし，このような誤診は現在の医学の通念から許されなければならないから，法律上の評価からも過失があるとは言えない。また，医師は人命を尊重すべき反面において，逆に人命を救うために，ある程度の危険のあることを知りつつ，危険を冒しても思い切った処置をとらなければならない症例がある。このような場合には，たまたま処置に失敗があっても法律上責められるべき過失とは言えない。」そして許されないものとしては，「許されない誤診と失敗は，医師の軽卒と無知とによって起こされた誤診や失敗である。医師の診療上の注意義務は，普通医師としてなすべき注意が基準となる。具体的には，それぞれの専門医のなすべき注意が基準となるが，この場合，医師の個人的な知識や技能の差異は考慮すべきではない。即ち医師として具えるべき学問的，技術的能力には，一般水準があるのであって，研究や経験の相異によって過失の認定を左右することはできない。医学は日日に進歩するが，医学の進歩によって一般水準は高まっていくところ，個々の医師が一般水準に追いつけなかったとしても，それは許すことはできないのであって，高まった一般水準を基準として過失の有無を認定しなければならない。貴い人命を預る医師としては，常に一般水準に追いついていく義務がある。若し現在の一般水準に照して，具えるべき必要な知識と技能を欠くため起した誤診や失敗であれば，それは許すことのできない誤診と失敗であって，法律上過失があると言わなければならない。」とし，その区別を明らかにしているのである。

[47] 下級新裁判所刑事裁判例集７巻６号1159頁

⑵　医療水準を満たしているとされた事例

東京地裁昭和47年５月19日判決[48]（豊胸術[49]による肺塞栓死）【判例２】は，多量のワセリンを軟部組織内に注入する本件豊乳術においては，ワセリンの注入によって組織内部の圧が増大し，組織の分断が起こり，血管が損傷した可能性が極めて大きいが，ワセリン注入開始後のどの時点で生じたか不明であるし，本術式をとると一旦ワセリンの注入を開始すれば，出血の有無を確認する方法がなく，なんらかの方法で出血の確認ができたとしても，その時点での死亡結果の阻止が可能であるかは疑問であるとされた。そして，「美容整形界において豊乳術の方法が確立されていない」状況における術式の選択について，「施術当時の美容整形医一般の技術水準に照らし，あるいは自己または同業の積み重ねた研究成果や多数の経験に照らして，学問的技術的能力をもつ医師の目から観察して危険でないと判断される手段，方法により施術が行われたときは，たとえ，後日にいたりその手段，方法に，施術当時において予測されなかった危険を伴うことが判明したとしても，その手段，方法を採用したことに刑事責任を負わしめる根拠としての過失を認めるべきではないと解される。」（下線筆者）とした上で，「本件においては，前述のとおり，結果から云えば，被告人の採用していたワセリン注入量の判定方法が危険を伴うものであり，そのような判定方法のみに依存した結果ワセリン注入量の判定，調整を誤ったことに帰着するのであるが，本件の豊乳術施行の当時，美容整形界において，豊乳術の方法として確立されたものがなく，施術の手段，方法が施術者の技術と信念に基づいてその選択に任されていた実情にあり，かつ，注入量を客観的に判定する方法が開発されていなかった美容整形界の一般的実情のもとでは，被告人が自己およびその属する日比谷整形外科医院において，当時までに経験し，一度も事故をみなかった多数の症例を基礎とし，通常の例にしたがい，通常の基準量を標準として，通常の方法である視診，触診により患者に対して，左右各60 cc のワセリンを注入しても危険がないものと判定し，注入量を決定したことは，医師たる者が前述の観点から観察した場合に一般に危険を予測しないのが通常と思われ，合理的な判定であったと認められる」としたのである。しかし，本件によってその危険性が判明したものとして，今後は危険性が解消されない限り本術式をとることは許されないとしている。

東京高裁昭和53年11月15日[50]（フォルクマン拘縮）【判例３】は，左上腕骨顆上骨折と診断し，即時入院させた患者に対して，左腕に弾力帯を巻き，垂直牽引療法を開始したが，フォルクマン阻血性拘縮が発生し，左手指・左前腕等の成長および機能障碍の傷害を負った事案である。フォルクマン拘縮発生のメカニズムが医学上解明し尽くされていない点を指摘し，医師の裁量の範囲を逸脱した違法不法なものと断定することはできないとした上，「平均的整形外科医としてとるべき医療手段を怠ったとはいえ」（下線筆者）ず，「拘縮予防のための特別の処置をとるべき法的義務があっ

[48] 刑事裁判月報４巻５号1007頁

[49] 美容整形手術が治療行為といえるか，という重要な問題が存在するが，本稿では扱わない。

[50] 刑事裁判月報10巻11･12号1390頁

たと解することも相当でな」い，として，その過失を否定した。

⑶ 慣行が否定された事例

広島高裁岡山支部昭和57年３月24日[51]（異型輸血）【判例４】は，医師が実施した凝集反応検査は，「『輸血に関して医師又は歯科医師の準拠すべき基準』が定めている方法に合致し，違法とはいえないことが認められる」が，医師が「とった方法は可能な最善のものではなく，その点の手落ちがなければ本件の不適合輸血が生じることはなかったということができ」（下線筆者）るとして過失を認めた。昭和27年の厚生省告知で事件よりも17年前のものではあるが，それ以上のものを求めている点は注目に値しよう。発生する結果の重大性を重視しているようにも思えるが，異型輸血による死亡結果の発生件数が多いことも考慮されているものと思われる。

東京地判平成12年12月27日[52]（都立広尾病院）【判例５】は，使用する薬剤を誤って準備をした者の過失および誤って投与した者の過失が認められた事案であるが，量刑の部分において，「誤薬事故をなくすために，関係者が業務遂行体制を日々改善し，そのための努力を怠ってはならないことはいうまでもないことであるが，医師から投与を指示された薬剤を取り違えないことは，いついかなる場合においても，看護婦の患者に対する基本的な義務であり，怠ることの許されない義務であるといわなければならない。」とされた。

2 薬害エイズ帝京大学病院事件判決との比較・検討

以上の５つの判例を概観する。

【判例１】は使用説明書の指示に従わずに行った医療行為についてであるが，その指示に従わない医療行為自体の正当性は問題とならず[53]，指示に従わなかったことから当該医療行為における注

---

[51] 飯田＝山口・前掲注(15)100頁，判例タイムズ678号50頁

[52] 飯田英男『刑事医療過誤Ⅱ［増補版］』（2007年）38頁，判例時報1771号168頁

[53] この後に出された高松地裁平成17年５月13日判決判例集未搭載（LEX/DB 文献番号28115375）においても，食道用ステントの取扱説明書に「適応で特定して概説した以外の使用等がその使用上の禁忌である」とされているのにそれに従わず，小腸狭窄部の治療法として，食道用ステントを転用して留置する適応もないのに，ステント留置術を行い，患者を死亡させるに至った事案につき，正当性が問題となることはなく，当該医療行為においては高度の注意義務が求められた。

薬剤の使用にあたり使用説明書にも従っておらず，さらに医学的にも異例と思われる処置をとっている点に注目したい。医療慣行にも満たないような医療に関しては，その多くが略式起訴となることが多いために，その法理が明らかになることは少ないが，裁判例を参考とするならば，そのような処置をもってしても，その正当業務行為としての正当性が否定されることはなく（略式起訴された事件においても，ほとんどに業務上過失罪が適用されている。），その注意義務に至っては，その判断基準を「一般的な専門医」に求めており，その水準も民事で要求されるような医療水準ではなく，基本的には医療慣行でよいことが認められるのである。

さらに，従来食道用ステントを小腸狭窄部の治療法として転用されたことが無い上，その留置する適応が

意義務は高度の注意義務が要求されることになるとしている。

【判例 2】は美容整形という特質や「美容整形界において豊乳術の方法が確立されていない」現状を鑑みて,「豊乳術を行う者は生命の安全保持に対して特段の慎重な配慮をなすべきである。」として，高度の注意義務を認めている。

【判例 3】は，フォルクマン拘縮の発生メカニズムが医学上解明し尽くされておらず，十分に監視していても，前駆症状，初期症状から直ちに拘縮の発生を予見することが非常に困難であったことこと，そして治療上の落ち度がなかったとしても発生しうることから,「特別の処置をとるべき法的義務」としての高度の注意義務は要求されえず,「平均的整形外科医としてとるべき医療手段」である医療水準をも満たしているものとされている。

【判例 4】は厚生省告知に従った医療行為をしているにもかかわらず過失が肯定された事案であるが，類似の事件が既に起こっていること，そして前述の通り，異型輸血による死亡結果の発生件数が多いことによって危険性が明らかとなっており，通常よりも高度の注意義務が要求されたために，厚生省通知に従うという医療慣行が否定され，より確実な方法（医療水準と考えられる）をとることが要求されているものと思われる。当時存在した厚生省告知に合致していることを認定した上で，その基準を上回る医療行為を要求している。

【判例 5】の薬剤を取り違えないことは医療行為を行う前提となる基本的事項[54] であり，間違えやすい薬剤をそばに置かない，ないし視覚的に見分けやすくするなど，とるべき手段は「不可能を強い」るものではなく，容易である。このように，危険性があるにもかかわらず，容易な注意義務を果たしていない場合に，高度の注意義務が要求され，医療慣行を超えた基準が適用されていると考えられる。

以上の裁判例によれば，危険性が明らかになっている，ないし危険性が明らかになっているとまではいえずとも安全性に疑問があるという場合に，高度の注意義務が要求されていることがわかる。本件（薬害エイズ帝京大学病院事件判決）においても，売血者由来の血液についての危険性は明らかであったし，非加熱製剤には感染症のリスクがあることは明らかであったことから，患者の QOL を考慮して非加熱製剤の使用は認められていたとしても，その使用には高度の注意義務が課されていたと考えるべきではないだろうか。【判例 2】のように，結果回避すべき時にはすでに回避不可能である場合や,【判例 3】のように，その発生のメカニズムがわからなければ，結果回避しようがないという場合には，確かに従来通りの医療行為（医療慣行）が「許される」ことになる。

なかったと認められた事案であるにもかかわらず，その術式を選んだことのみからではなく，その後の緊急手術において適切な処置をとらなかったことに過失を認めている。医療行為の正当性に関して示唆に富むものと思われるが，詳細は別稿に譲る。

54 この後に出された最高裁平成19年 3 月26日第二小法廷判決（最高裁判所刑事判例集61巻 2 号131頁）は，肺の手術が予定されていた患者と，心臓の手術が予定されていた患者を取り違え，肺手術の予定患者に心臓の手術を，心臓手術の予定患者に肺の手術がなされた事案であるが，手術の大前提である患者の確認が十分になされなかった点，そして患者の確認が容易であることも考慮されていると思われる。

【判例 2】では結果回避するためには違う術式をとるしかないが，確立された術式があったと判決上は認められておらず，別の術式をとることを要求することは容易な結果回避義務とはいえないであろうし，【判例 3】では，メカニズムが分からないために注意義務を尽くすことが難しいが，本件は中間項の確率ないし予見可能性が低かったとしても，結果に至る因果の流れの予見ができないとはいえない事案に分類されるべきである。本件の場合は，結果回避義務が「非加熱製剤」を「投与しない」ないし他の製剤を投与するという容易な代替手段である場合であり，とりわけ新規ないし未確立の治療法を用いるものでも，メカニズムの不明確さから結果回避義務自体が抽象的にすぎてしまうような事案でもない。よって，本件のような結果回避義務であれば「低い」予見可能性で足りるとすべきではないかと思われる。

高度の注意義務が課された場合に「医療慣行」を超えた基準である「医療水準」が要求されるものと考えられる。確かに，医療水準を積極的に適用すべき[55]との主張もなされているが，行為基準たるべきなのは，規範的考察を加えた「医療水準」ではなく，臨床医療の現場で平均的医師の間で広く慣行的に行われている方法[56]であるところの「医療慣行」であると考えるべきである。「医療水準」を基準とするならば，「医療慣行」を守っている医療に関して，悪しき結果が生じれば規範的な考察を加えなければならなくなるが，「医療慣行」を守っている医療行為は基本的には（民事責任は別としても）刑事責任は免れるものとすべきである。しかし，「医療慣行のすべてが医学的合理性に基づいているともいえないし，また，社会的通念からみて合理性を持たない医療慣行がないわけではな」[57]く，「悪しき慣習」を刑法は容認してはならない。そこで，医療慣行を軸にしながらも，例外的に医療慣行を超える―それは時に医療水準や医学水準をも考慮するところの―基準が求められる場合（【判例 4】【判例 5】参照）がある。それが，前述の高度の注意義務が課される場合である。よって，医療水準からいかに外れたかを判断して，その乖離の加減によってその可罰性を判断すべきではない。すなわち，医療水準を守っていたからといって直ちに過失となるのでも，それに至らなかったからといって直ちに過失となるのでもなく，結局は過失のいわゆる判断基底の一つにすぎないのである。そして，医師が科学的な知見を元に確信をもった医療行為に「裁量」を認めるべきであろうと考える[58]。ただし，医療慣行はその裁量の幅の下限[59]を示すことになり，それを上回る行為にはある程度の幅で裁量が認められても，それを下回る行為は科学的な根拠がない限り，裁量は認められないことになる[60]。そして，高度の注意義務が要求される場合には，その予

[55] 萩原・前掲注(3)49頁，甲斐教授は「外国事情を含む経験則を根拠にした『医学水準』こそ考慮すべきであるとされる。甲斐・前掲注(37)154頁

[56] 西野・前掲注(4)114頁

[57] 新美育文「医師の過失―医療水準論を中心に―」法律論叢第71巻第 4･5 号併合（1999年）72頁

[58] ただし，その裁量の幅は医師の能力や立場，環境等の個別的要件によって異なる。

[59] 治療行為の正当化要件としての lege artis の問題については，別稿に譲る。

[60] これに対し，医療水準を正当化根拠とするものとして，小林公夫「医療水準と医療の裁量性―福島県立大野病院事件・福島地裁判決を中心に」法律時報80巻12号70頁以下があるが，医療水準をもってその行為の正当性を判断するとすれば，それはあまりに高いハードルを医療従事者に課すものではないか。

見可能性の程度および被告人の立場や環境等に応じて，医療水準ないし医学水準が加味された，まさに規範的基準であるところの「医療水準」が要求されうるのである。民事責任においてはまだしも，刑事責任の認定に一律に「医療水準」を求めるのは，医師に過度な負担を負わせるものであり，支持することはできない。

よって，要求する基準行為は一般的な当該専門医を基準としつつ，その立場や環境におかれた場合を仮定し，被告人本人が行為当時有していた情報を元にいかなる行為をとるべきであったか（基準行為）を設定する（よって，この基準は医療水準とは異なる場合も同じ場合もありうる）。そして，その注意義務，とりわけ結果回避義務の設定は基準行為の容易性と比例するものであり，それは予見可能性の高低に左右されるものである。予見可能性には程度の差を認めるべきであり，「低い」予見可能性から導き出される結果回避義務は，「高い」予見可能性に比べて低くあるべきである。ただし，結果回避義務はその代替手段の容易性にも左右されるため，その内容は予見可能性の高低，および代替手段の容易性から総合的に判断されることになるのである。

本件は被告人の立場を考慮しても，やはり一般通常人よりも高度の注意義務が要求されうるから，「医療慣行」を超える「医療水準」が要求されうると考える。そして，本件は「低い」予見可能性が認められたのだから，「軽度の」負担である範囲で行為者に注意義務を課すことができると考える。非加熱製剤をクリオ製剤に変える，ということは，新規治療や未確立療法でもなく，ましてや治療方針を全面的に変えるのではなく，生命の危機が迫っていない患者に限っての変更という限定的なものであり，変更自体も「容易」であり，その負担は軽いものと思われる。よって，感染症―とりわけ生死に関わるような―が疑われた場合には，ただちに安全性が確認されるまで投与を控える（【判例 2】参照）という回避義務が設定されうるのではないだろうか。そして，今回のように「低い」予見可能性しか認められない場合には，それ相応の，つまり生命の危機に瀕していない，緊急性のない患者には投与を控える，という程度での結果回避義務は成立する余地があるといえるのではないだろうか。

Ⅳ．おわりに

本稿においては，医療過誤における注意義務について若干の考察をした。いわゆる行動基準としては，規範的考察が加えられたところの医療水準ではなく，医療慣行であるとする狙いは，基準の明確化と医師の裁量の幅を認めることにある。ただし，臨床でなされているところの慣行が常に肯定されるわけではない。それを肯定してしまえば，「悪しき慣習」を肯定することになる。そこで，どのような場合に通常よりも「高度の」注意義務が課されるのか，ということについて若干の考察を行った。

私見をまとめるならば，過失とは結果回避義務を中心とした基準行為から逸脱した行為ないし態様であり，予見可能性は結果回避義務を基礎付けうる程度のものでよいと考える。そして，予見可能性は程度を付しうるものであり―ただし，それは無限的ではなく，「法益関連性」等の一定の要

件が付される限りにおいて―低い予見可能性は肯定され，予見可能性の程度と結果回避義務は相関関係を有する。よって，低い予見可能性からは軽度の結果回避義務が基礎づけられうるにすぎない。ただし，医療過誤においては，前述した高度の注意義務が課される場合がある。そして，本件のように非加熱製剤による感染症の危険性が明らかになっていたような場合の使用には，危険性が全く不明である薬剤の使用と同じ注意義務が課されるとは考え難い。そこには一定の条件が付されるものと解する。それが高度の注意義務である。よって，高度の注意義務に基づく非加熱製剤の不使用，ないしクリオ製剤への転換が検討されることになるが，ここで，予見可能性の程度から導きだされた軽度の結果回避義務が適用されることになる。すなわち，高度の注意義務による基準行為をとることが軽度の負担ですむ必要があるが，例えば，新規・未確立医療のような一定の技能を要するような行為である場合（先に挙げた【判例 2】におけるように）等は軽度の負担とはいえないであろう。しかし，本件のような薬剤を投与しない，ないし以前の治療法であったところのクリオ製剤に変更する，という医療行為はまさに軽度の負担を行為者に負わせるものにすぎず，本件のような「低い」予見可能性によっても十分に課すことのできる結果回避義務であると考えるのである。

医療過誤の立証において，そのメカニズムを科学的に明らかにすることは困難である。医療裁判のような自然科学的な証明が必要となる分野，その中でもとりわけ薬害のように被害が広範囲にわたる分野において，具体的予見可能性説の具体性を厳密に，かつ高度さを要求する説に立つことはより一層困難になっていくのではないかと思われる。